Dieses PDF ist nur für den persönlichen Gebrauch bestimmt und darf nicht weiter verbreitet werden.



ART.-NR.: 66

# JUDIKATUR

RAA Mag. Markus Löscher

## Der bezahlte Weg zur Arbeit → eine Trendwende in der Rechtsprechung?

» PVP 2018/66

Ein Unternehmen beschäftigt Mitarbeiter im Außendienst. Nach Ansicht des **Dienstgebers** ist der Weg von zu Hause zum ersten Kunden sowie vom letzten Kunden nach Hause eine **unbezahlte Wegzeit** und keine zu **bezahlende Arbeitszeit**. Der **Betriebsrat** hingegen ist anderer Rechtsansicht und begehrt die Feststellung, dass diese „Fahrzeit" als **Arbeitszeit** zu vergüten sei und ...
.... der **OGH** gibt ihm **Recht**.
Handelt es sich hier um einen **Ausreißer** der Rechtsprechung **oder** ist dieses Judikat auch in andere Branchen anzuwenden?
Dieser Beitrag stellt die **Hintergründe** der **Entscheidung** vor und gibt **Tipps**, welche Auswirkung sie auf die **Praxis** haben könnte.

**Verwendete Abkürzungen** in diesem Beitrag:
**ArbVG** ... Arbeitsverfassungsgesetz//**ASG** ... Arbeits- und Sozialgericht//**AZG** ... Arbeitszeitgesetz//**BI** ... Betriebsinhaber//**BR** ... Betriebsrat//**DG** ... Dienstgeber//**DN** ... Dienstnehmer//**ds** ... das sind//**DV** ... Dienstvertrag bzw Dienstverhältnis//**EuGH** ... Europäischer Gerichtshof//**ggf** ... gegebenenfalls//**GKK** ... Gebietskrankenkasse//**idR** ... in der Regel//**iHv** ... in Höhe von//**iSd** ... im Sinne des//**KBG** ... Kinderbetreuungsgeld//**KV** ... Kollektivvertrag//**mE** ... meines Erachtens//**SV** ... Sozialversicherung

### A) Der vom OGH zu beurteilende Sachverhalt

Der DG beschäftigt österreichweit rund 190 Kundendiensttechniker, die bei Kunden deren Heizgeräte warten und instandhalten. Die Techniker erhalten vom DG ein **Firmenfahrzeug**, das jede **Nacht** mit notwendigem **Arbeitsmaterial** und **Ersatzteilen** bestückt wird.
Die DN werden am jeweiligen Arbeitstag über die Kundentermine – somit über die **erste Route** – **vor Beginn** des **ersten Arbeitseinsatzes –** sehr kurzfristig **– elektronisch informiert**. Die Zeit von zu Hause zum ersten Kunden sowie vom letzten Kunden nach Hause wird zwar als **Arbeitszeit** gewertet, jedoch um einen **„Selbstbehalt"** von **30 Minuten** verkürzt. Der **DN** musste sich während der Fahrt zum ersten Kunden sowie vom letzten Kunden nach Hause für etwaige **DG-Anfragen zur Verfügung** halten.
Auch wenn die DN nicht systematisch überprüft werden, werden Aufzeichnungen geführt, aus denen auch **Fahrtunterbrechungen erkennbar** sind. Die DN haben den **direktesten Weg** vom Wohnort → Kunden und vom Kunden → nach Hause zu wählen.
**Fahrtunterbrechungen** von **über 15 Minuten** werden **nicht bezahlt**.
Der **BR** der Kundendiensttechniker **klagte** auf Feststellung, dass die Anfahrt der Kundendiensttechniker von der Wohnung → zum ersten Kunden sowie die Rückfahrt vom letzten Kunden → zur Wohnung **Arbeitszeit** gemäß AZG ist und damit **ungekürzt vergütet** werden muss.

 Erstellt von LexisNexis am 02.11.2018 um 14:34 (LOESMARK)

Dieses PDF ist nur für den persönlichen Gebrauch bestimmt und darf nicht weiter verbreitet werden.



## B) Das Urteil des OGH vom 24. 7. 2018, 9 ObA 8/18v und seine Entscheidungsgründe

### 1. Abgrenzung: Unbezahlte Wegzeit oder bezahlte Arbeitszeit?

#### *a) Unbezahlte Wegzeit*

Unbezahlte Wegzeit liegt grundsätzlich vor, wenn der DN

- dem DG am Heimweg vereinbarungsgemäß **nicht** mehr **zur Verfügung** stehen muss,
- **keine Arbeitsleistung** mehr zu erbringen hat und
- über seine **Zeit** selbst **verfügen** kann.

Sie liegt vor Dienstbeginn oder nach Dienstende.

#### *b) Bezahlte Arbeitszeit*

Dagegen ist Arbeitszeit die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne Ruhepausen. Sie beginnt, sobald der DN seine **Arbeit aufnimmt** oder dem **DG** zur Aufnahme der Arbeit **zur Verfügung** steht.

#### *c) Abgrenzungskriterium: Wer verfügt über die Zeit – der Dienstnehmer oder der Dienstgeber?*

Die **Trennlinie** zieht die Rechtsprechung dort, wo der DN noch oder wieder **frei entscheiden** kann, wie er seine **Zeit verwendet**. **Abgrenzungsprobleme** ergeben sich dort, wo DN ohne feste oder gewöhnliche Arbeitsorte **Fahrzeiten** erbringen.

### 2. Fehlende autonome Verfügungsbefugnis des Dienstnehmers über seine „Wegzeit“

Zwar hat im konkreten Fall der **DG behauptet**, dass der **DN** während der Fahrt zum ersten Kunden bzw vom letzten Kunden nach Hause **frei** über diese **Fahrzeit verfügen** kann (zB Radio hören), doch der **OGH** stellt im vorliegenden Fall fest, dass der **DG** in **vielfältiger Weise** auf die **Fahrzeit einwirkt** und daher die (behauptete) **freie Zeiteinteilung** in der Realität **nicht gegeben** ist:

- Es darf kein beliebig wählbares Verkehrsmittel verwendet werden, sondern es **muss** die Wegzeit mit dem **Firmenfahrzeug** zurückgelegt werden.
- Der DN hat bereits **ab** dem **Wohnort Betriebsmittel** zu verwenden (die Firmenfahrzeuge wurden in der Nacht von Kooperationspartnern bestückt).
- Der **DN erfährt kurzfristig** – erst in der Früh – den **ersten Kundentermin** und ist damit bei der Wahl eines anderen Nächtigungsortes (zB im Wochenendhaus) beschränkt.
- Für die Fahrt zum ersten Kunden ist **zwingend** der **kürzeste** Weg zu wählen.
- Der **DN** musste sich während der Fahrt zum ersten Kunden sowie vom letzten Kunden nach Hause für etwaige **DG-Anfragen zur Verfügung** halten.
- Die Zeiten für am Weg zum bzw vom Kunden liegende **außerberufliche Tätigkeiten** (zB Einkaufen, Kind zur Schule bringen etc), die **mehr** als **15 Minuten** dauerten, werden **nicht bezahlt**.
- Die **Wege** werden ab dem Wohnort **aufgezeichnet**, auch wenn nur punktuell kontrolliert wird.

Das **Höchstgericht** zog daraus den **Schluss**, dass in diesem konkreten Fall der **DG** während der **Wegzeit** des DN (= Fahrt von Wohnung → 1. Kunde bzw letzter Kunde → Wohnung) in räumlicher und zeitlicher Hinsicht bereits über die Zeit des DN **verfügt**.
Es handle sich daher um **Arbeitszeit** und diese ist entsprechend zu entlohnen.

Erstellt von LexisNexis am 02.11.2018 um 14:34 (LOESMARK)

Dieses PDF ist nur für den persönlichen Gebrauch bestimmt und darf nicht weiter verbreitet werden.



### 3. Vereinbarkeit mit der EU-Arbeitszeitrichtlinie (RL 2003/88/EG)

Die **Richtlinie definiert „Arbeitszeit“** als Zeitspanne, während der ein DN

- gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten **arbeitet**,
- dem **DG** zur **Verfügung** steht und
- seine **Tätigkeit** ausübt oder seine Aufgaben wahrnimmt (Art 2 Z 1).

Der **EuGH** hatte sich in der – dem zu beurteilenden Fall **ähnlichen** – Entscheidung *Tyco* (Rs C-266/14) näher mit der Auslegung der Richtlinie beschäftigt und dabei **3 Bestandteile** der **Arbeitszeit** herausgearbeitet:

→ **1. Bestandteil** („*Tätigkeit ausüben oder Aufgaben wahrnehmen*“): Bereits die **Fahrt** zum ersten Kunden selbst wurde als **notwendiges Mittel** angesehen, um die technischen **Leistungen** beim Kunden **erbringen** zu können. Ohne die Fahrt kann auch die Dienstleistung nicht erbracht werden.

→ **2. Bestandteil** („*während der Zeit zur Verfügung stehen*“): Der DN musste sich an bestimmten Orten aufhalten oder sich zur **Verfügung** des **DG** halten, um ggf sofort seine Leistungen erbringen zu können. Der DN kann aus diesem Grund **eigenen Interessen nicht** nachgehen.

→ **3. Bestandteil** („*arbeiten während der betrachteten Zeitspanne*“): Bei einem DN, der **keinen festen Arbeitsort** hat, gehören Fahrten untrennbar zu den DN-Tätigkeiten → **Das Fahren** selbst wird zu **„arbeiten“** iSd Arbeitszeit-RL.

Da der DN – aufgrund des vom DG eingesetzten Systems – sehr **kurzfristig** den **ersten Kundentermin** erfährt, ist es für ihn **nicht möglich**, die **Entfernung** zwischen dem **Wohnort** und dem gewöhnlichen **Ort** des **Beginns** oder Endes der **Arbeit frei zu bestimmen** → Es liegt daher **Arbeitszeit** vor.

Der OGH urteilt, dass „sein“ Fall mit dem **EuGH-Fall** (Rs *Tyco*) nicht nur **vergleichbar** ist, sondern für den DN sogar noch **einschränkendere Fakten** aufweist. Dies deshalb, weil dem DN im „OGH-Fall“ auch noch die **kürzeste Route** zum ersten Kunden **vorgegeben** war.

Der DN konnte über die **Route nicht frei bestimmen** und damit auch **nicht** den **eigenen Interessen nachgehen**. So konnte der DN keine Freizeitaktivität ausüben – bspw im Supermarkt am Stadtrand einzukaufen –, die nicht auf dem Heimweg liegt. Die **OGH-Entscheidung deckt sich** in der Entscheidung und der Begründung mit der **Rechtsprechung** des **EuGH**.

### 4. Fahrtzeit keine Reisezeit

Der DG beantragte, dass der OGH feststellt, dass die Fahrtzeit als Reisezeit zu beurteilen ist. Auch mit diesem Anliegen setzte er sich nicht durch. Bereits der Gesetzestext des **§ 20 AZG schließt** die Fahrtzeit als Reisezeit **aus**, denn es liegt kein „*vorübergehendes Verlassen*“ des Dienstortes/der Arbeitsstätte vor.

## C) Praxistipps und -hinweise

Diese **OGH-Entscheidung verunsichert** Personalisten, die sich nun die Frage stellen: Gilt die bisherige **Praxis noch**, dass **erst** mit **Dienstantritt** die **Arbeitszeit** beginnt und Wege von und zur Arbeit nicht zu zahlen sind?

Eine von einigen Juristen herbeigeschriebene **Trendwende** stellt dieses OGH-Urteil mE **(noch) nicht** dar. Zur **Abgrenzung** (unbezahlte Wegzeit oder bezahlte Arbeitszeit) wendet der OGH in seiner Entscheidung ein **„bewegliches System“** an.

**Je stärker** der **DG einwirkt** auf die **Zeitspanne vor** dem eigentlichen **Dienstantritt** und je geringer deshalb die Möglichkeit für den DN ist, während dieser Zeit sich frei zu entscheiden, wie er diese

 Erstellt von LexisNexis am 02.11.2018 um 14:34 (LOESMARK)

Dieses PDF ist nur für den persönlichen Gebrauch bestimmt und darf nicht weiter verbreitet werden.



Zeit verwenden will, desto eher ist diese Zeitspanne als **Arbeitszeit** einzustufen und damit auch zu vergüten.
Das Vorliegen **eines Merkmales** allein führt **noch nicht** dazu, dass die **Fahrzeit** zur **Arbeitszeit** wird (*Vorgabe des Verkehrsmittels, Betriebsmittelverwendung ab dem Wohnort, keine zeitliche Selbsteinteilung möglich, Aufzeichnung ab dem Wohnort, etc*). Die **Abgrenzung** wird von Fall zu Fall und von **Branche zu Branche unterschiedlich** sein, wie die folgenden **Beispiele** zeigen:

### Beispiel 1: Gebäudereiniger

Die **Betriebsmittel** (Reinigungsmittel etc) befinden sich in **Räumen** innerhalb der jeweiligen **Objekte**. Der DG stellt dem DN ein Firmenfahrzeug zur Verfügung. Die Gebäudeeinteilung erfolgt aufgrund eines Dienstplanes. Der DN kann den ersten Kunden auch von einem von ihm gewählten Ort aus aufsuchen, dh, dem **DN** steht es **frei**, von **zu Hause aus direkt oder** von der **DG-Betriebsstätte aus** zum Reinigungsobjekt zu fahren → **Wegzeit ist keine Arbeitszeit**.

### Beispiel 2: Rauchfangkehrer

Die **Betriebsmittel** (Messanlage etc) stehen bereits am **DN-Wohnort** zur Verfügung. Die zu besuchenden Kunden werden am Vortag bekannt gegeben, wobei der DN ein **Zeitfenster** vorgegeben bekommt, in dem er beim **ersten Kunden** sein muss. Der DN ist für einen gewissen Rayon zuständig → **Wegzeit ist keine Arbeitszeit**.

### Beispiel 3: Notdienst-Installateur

Die **Betriebsmittel** (Werkzeug, Dichtungen etc) stehen bereits am **DN-Wohnort** zur Verfügung, das Firmenfahrzeug ist mit Ersatzteilen udgl bestückt.
Der DN **weiß bei „Dienstantritt" nicht**, wo der **erste Notfall** sein wird, kann daher auch **keine privaten Besorgungen** am **Weg** zum **ersten Kunden** planen → **Wegzeit ist Arbeitszeit** aufgrund der aktuellen, in diesem Beitrag beschriebenen OGH-Judikatur.

Unproblematisch – dh, der DN verlässt seine Wohnung → es liegt eine **unbezahlte Wegzeit** vor – sind Branchen, in denen **vor** dem **ersten Kundenbesuch** eine **Zentrale** oder ein **Lager** besucht wird (etwa in der Baubranche, wenn das Firmenfahrzeugs mit Baumaterial beladen wird, udgl).
Der **Weg** in die **Zentrale** ist **unbezahlte Wegzeit**.
Dort, wo der **DG** jedoch im **überwiegenden Ausmaß** auf die **zeitliche Selbstbestimmtheit** des **DN einwirkt**, wird die Wegzeit zur **bezahlten Arbeitszeit**.

### Praxistipps

In **Branchen**, in denen bestimmte **DN keinen festen Arbeitsplatz** haben (zB Außendienstmitarbeiter), **empfehle** ich Praktikern, aufgrund einer betriebsinternen Risikoanalyse sich insbesondere die folgenden **Fragen** zu stellen, um zu beurteilen, ob die Wegzeit zu bezahlen ist oder nicht:

- Kann der DN sein **Verkehrsmittel frei wählen**?
- Ist der **Weg** zum **ersten Kunden** für den DN **„vorhersehbar"**?
- Kann der DN den **ersten Kunden** auch von **anderen Orten** als vom Wohnort aus **aufsuchen**?
- Kann der DN auch eine **andere** als die **kürzeste Route** wählen?
- Unterliegt der DN **erst ab** dem **ersten Kundenbesuch** einer **Überwachung** (Aufzeichnung udgl)?

Erstellt von LexisNexis am 02.11.2018 um 14:34 (LOESMARK) pvp.lexisnexis.at

Dieses PDF ist nur für den persönlichen Gebrauch bestimmt und darf nicht weiter verbreitet werden.



**Je mehr Antworten „Ja“** Sie sammeln, desto **beruhigter** können Sie die **Fahrtzeit** (weiterhin) als **unbezahlte Wegzeit** betrachten.
Bitte beachten Sie, dass generell **jede Form** der **Einschränkung** der **zeitlichen Selbstbestimmtheit** des DN durch den DG dazu führen kann, dass Arbeitszeit vorliegt. Letztlich entscheidet die konkrete **Einzelfallbetrachtung**.

Foto Bruckner & Pruckner OG

Der Autor:

Mag. **Markus Löscher** ist Rechtsanwaltsanwärter in der auf Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei GERLACH Rechtsanwälte.

markus.loescher@arbeitsrecht.at
lesen.lexisnexis.at/autor/Löscher/Markus

Mag. Ernst Patka (PVP-Chefredakteur)

# Gerichtsentscheidungen rund um den Krankenstand, die Sie kennen sollten (Teil 2)

» PVP 2018/67

In den letzten Monaten beantworteten Gerichtsentscheidungen die folgenden Praxisfragen:

A) Ein **Krankenstandstag** fällt an einen **Feiertag** → Welche **Entgeltfortzahlungsregel** hat Vorrang?

B) **3 Urteile** zur **Krankenstandsmitteilungs- und -meldepflicht:**
   1. Wenn sich der **Krankenstand verlängert**, muss dann der Dienstnehmer eine **neue Krankenstandsmeldung** abgeben?
   2. Die vom **Chefarzt** direkt dem Dienstgeber **übermittelte Krankenstandsbestätigung** ist **mangelhaft** → Kann der Dienstgeber das **Entgelt einstellen**?
   3. Welche **konkrete Krankenstands-Info-Pflicht** hat der Dienstnehmer, wenn er **während** des **Urlaubs erkrankt**?

C) Die Dienstnehmerin wird im **Krankenstand gekündigt** → Sind **Sonderzahlungen** in die **Entgeltfortzahlung** einzubeziehen?

Die Urteile in den **Punkten A) und B)** wurden in **PVP 2018**/ 62, 244 (**September**-Heft) dargestellt. Im **vorliegenden Heft** informiere ich **praxisgerecht** über das im **Punkt C)** dargestellte Urteil und gebe Ihnen **Tipps** für die **Alltagspraxis**.

**Verwendete Abkürzungen** in diesem Beitrag:
**ARG** ... Arbeitsruhegesetz//**BV** ... Betriebsvereinbarung//**DG** ... Dienstgeber//**DN** ... Dienstnehmer//**ds** ... das sind//**DV** ... Dienstvertrag bzw Dienstverhältnis//**EFZ** ... Entgeltfortzahlung//**EFZG** ... Entgeltfortzahlungsgesetz//**GKK** ... Gebietskrankenkasse//**idR** ... in der Regel//**iHv** ... in Höhe von//**iSd** ... im Sinne des//**KT** ... Kalendertage//**KV** ... Kollektivvertrag//**SV** ... Sozialversicherung//**UEL** ... Urlaubsersatzleistung//**UrlG** ... Urlaubsgesetz

 Erstellt von LexisNexis am 02.11.2018 um 14:34 (LOESMARK)